

Nihilismo jurídico: *¿etsi ius non daretur?*

Legal Nihilism: etsi ius non daretur?

Antonio-Carlos PEREIRA MENAUT

Universidade de Santiago de Compostela
acp.menaut@usc.es

RECIBIDO: 29/04/2018 / ACEPTADO: 26/06/2018

Resumen: Si partimos del constitucionalismo como sumisión del poder al Derecho, la buena o mala salud del Derecho repercutirá mucho en la Constitución, en especial en el Estado de Derecho. Aunque el nihilismo jurídico tiene raíces filosóficas de gran calado –como han mostrado brillantemente Romano, Irti, Possenti y otros–, aquí pretendemos mostrar que su actual extensión responde a otros factores poco teóricos. Nuestro enfoque es diferente (pero esperamos que complementario) al de esos autores. Al final, el nihilismo jurídico favorece al poder y deteriora nuestra libertad. Asociar nihilismo jurídico con anarquismo y libertad descarrilada, como se hace frecuentemente, no tiene mucho fundamento real. Un Derecho con sentido y contenido representaría un freno al nihilismo porque chocaría con los factores productores de nihilismo jurídico, pues, al igual que el dinero y la economía financiera –grandes motores del mundo actual–, la técnica actúa no sólo *soulless* sino también *mindless*.

Palabras clave: nihilismo filosófico y nihilismo jurídico; teoría y práctica; causas; cómo explicar (y evitar) el nihilismo jurídico.

Abstract: If constitutionalism means submitting power to law, the good or ill health of the law will have a great impact on the Constitution, and especially on the Rule of Law. Although legal nihilism (*nichilismo giuridico*) can be traced back to profound philosophical roots –as Romano, Irti Possenti and other Italian writers have brilliantly shown–, in this paper we intend to suggest that its current extension is due to other, less theoretical factors. Our approach here is different (yet complementary, we hope) from that of those authors. It should be added that in the end, legal nihilism favours power and impairs our freedom. Assimilating legal nihilism to wild anarchism and derailed freedom, however frequent, is an unwarranted *petitio principii*. A meaningful, healthy body of law would amount to a serious brake on legal nihilism because technology, like money and financial economy – major engines of our world–, is not only *soulless* but also *mindless*.

Keywords: philosophical and legal nihilisms; theory and practice; causes; explaining (and preventing) legal nihilism.

Desde hace tiempo, este autor viene defendiendo una concepción del constitucionalismo como sumisión del poder político al Derecho¹. Y si eso es correcto, la salud del Derecho repercutirá mucho en la de la Constitución, en especial en una de sus partes: el Imperio del Derecho, *Rule of law* o Estado de Derecho.

* Catedrático de Derecho Constitucional español; Jean Monnet Chairholder of EU Constitutional Law (1999). Este trabajo fue precedido por «¿Tiempo de Nihilismo Jurídico?», *Ius Publicum*, 39 (2017), pp. 11–20. Doy las gracias a las muchas personas que han leído y criticado el borrador. Una de ellas, el ilustre jurista compostelano Gonzalo Diéguez Cuervo, falleció mientras este artículo estaba siendo dictaminado. Descanse en paz.

¹ Además de gobierno limitado y responsable, derechos y libertades, separación de poderes y otros aspectos. Nos remitimos a *En Defensa de la Constitución*, Pamplona, 1986, corregido y ampliado en diversas ediciones y con diversos títulos en Perú, Chile y México (última edición: PEREIRA MENAUT, A. C.; MARTÍNEZ ESTAY, J. I. [col.]. *Lecciones de teoría constitucional y otros escritos*, Andavira Editora, Santiago de Compostela, 2017).

Según una anécdota muy conocida, al famoso rey prusiano Federico II le pareció que un viejo molino, situado cerca de su nuevo e ilustrado palacio de verano, desentonaba con éste, así que ordenó derribarlo. El dueño del molino, comprensiblemente, se resistió, y decidió llevar el asunto a los tribunales, replicando al rey con una frase hoy famosa en todas las facultades de Derecho del mundo: «Señor, todavía hay jueces en Berlín» («*es gibt noch Richter in Berlin*»). Cuando los jueces sentenciaron a favor del molinero, Federico respetó el fallo e incluso celebró que en su reino hasta el propio rey tuviera que acatar las sentencias.

El ejemplo que acabamos de referir sería lo más contrario al nihilismo jurídico. Ahora bien, esto nos hace preguntarnos qué es el nihilismo jurídico, fenómeno detectado últimamente por varios autores, sobre todo filósofos del Derecho italianos (Romano, Irti, Possenti y otros). En general, lo explican, brillantemente, en el terreno de la gran filosofía. Empero, el objeto principal de este trabajo es mostrar cómo, en la actual extensión del nihilismo jurídico, juegan también un papel importante unos factores poco o nada teóricos, a los cuales, como juristas, debemos igualmente atender. Nuestro enfoque, mucho más modesto en fondo y forma, parte de que *res ipsae loquuntur*; las cosas hablan por sí mismas a quien las observe con sentido común. No intentaremos hacer teorías sobre teorías; si acaso, algunos humildes planteamientos sobre cosas ('humilde': de *humus*, el suelo que pisamos). En vez de elevarnos a la región de la gran teoría, en la que no todos podemos volar, intentaremos explicar asuntos concretos de la manera más sencilla posible. No ocultaré que tras estos planteamientos hay unas tomas de postura que muchos pueden legítimamente no compartir.

1. CUÁNDO HAY NIHILISMO JURÍDICO (ALGUNOS EJEMPLOS)

Como partimos de un planteamiento de sentido común jurídico, con escasa dimensión teórica y metodológica, dejamos a otros autores más ilustres el trabajo de dar una definición².

² P. ej., ROMANO escribe: «El *nihilismo financiero* niega la esencialidad de las actividades productivas, que nacen con el trabajo humano, y afirma la prioridad de las finanzas que generan productos financieros, dinero mediante dinero. El *nihilismo jurídico* niega la principalidad del ansia de justicia, constitutiva de la condición humana [...y]; afirma la prioridad técnico-funcional del formalismo jurídico», que silencia la diferencia entre legalidad justa y legalidad injusta (ROMANO, B., *Scienza Giuridica senza Giurista: Il Nichilismo 'Perfetto'*, Turín, Giappichelli, 2006, p. 376; cursivas en el original).

Los vectores que conducen al nihilismo jurídico forman un heterogéneo grupo de líneas de fuerza, concepciones del Derecho, predominio de ciertas fuentes, influencias exteriores, corrientes de opinión, maneras de hacer las cosas, prácticas usuales, todo lo cual tiende a disminuir, preterir, simplificar y, en casos extremos, anular, lo específicamente jurídico, sea en la vertiente sustantiva, sea en la procedimental.

En la España de nuestros días no hay que investigar mucho para descubrir casos concretos de instrumentalización del Derecho por alguna fuerza política, social o económica exterior a él³. Veamos algunos.

A. Bajo el presidente Aznar (1996-2004), la lucha contra el terrorismo y el nacionalismo vascos se enfocó hacia el Derecho más que hacia la política. Con el presidente Rajoy (2011-2018), la lucha contra el independentismo catalán ofrece un ejemplo todavía más claro de instrumentalización del Derecho por la política, como si el separatismo fuera un problema contencioso-administrativo; con la colaboración del Tribunal Constitucional; aun siendo un problema netamente político (un intento de autodeterminación) en el que la única rama del Derecho que tiene algo verdaderamente importante que decir sería el Derecho natural, así como la teoría constitucional general. Incluso se ha reformado la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional con ese fin de cortoplacismo político (L.O. 15/2015)⁴. Como la implicación de ese Tribunal en este conflicto es muy

³ La instrumentalización del Derecho es de siempre, aunque no siempre haya alcanzado el grado ni la justificación teórica actual. A lo largo de la historia en un buen número de casos «es evidente que el Derecho ha sido usado como *mero instrumento* al servicio de un fin extrínseco» (CORTA, S., *El Derecho en la Existencia Humana*, Euns, Pamplona, 1987 [edición original de 1985], p. 194).

⁴ La reforma considera las sentencias del Tribunal Constitucional como títulos ejecutivos y le dota de competencia para sancionar –sin excluir la ejecución sustitutoria de lo sentenciado– e incluso para suspender cargos públicos. Con ello, aparte de aumentarle indebidamente sus poderes, lo aproxima a un tribunal jurisdiccional politizado, lo que va contra la separación, incluso física, que hace la Constitución, entre poder judicial ordinario y Tribunal Constitucional (título VI, arts. 117 a 127, frente a título IX, arts. 159 a 165; el 117.3 reserva a los tribunales ordinarios la tarea de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado). El texto reformado dice lo que sigue:

Dos. Se modifica el artículo 87, que queda redactado en los siguientes términos:

«1. Todos los poderes públicos están obligados al cumplimiento de lo que el Tribunal Constitucional resuelva.

En particular, el Tribunal Constitucional podrá acordar la notificación personal de sus resoluciones a cualquier autoridad o empleado público [...].

2. Los Juzgados y Tribunales prestarán con carácter preferente y urgente al Tribunal Constitucional el auxilio jurisdiccional que éste solicite.

A estos efectos, las sentencias y resoluciones del Tribunal Constitucional tendrán la consideración de títulos ejecutivos.»

elevada, nos ha suministrado en poco tiempo muchos casos prácticos de instrumentalización política.

B. Otro ejemplo. Hoy se oye a diario que el Estado de Derecho no puede tolerar el impago de los impuestos, o las manifestaciones populares que rodean el Congreso de los Diputados, o la apología del terrorismo, o el separatismo catalán, u otras cosas. Pero hasta hace muy poco, la expresión «Estado de Derecho» era un escudo de los ciudadanos frente al estado, y no un arma estatal. En 1966, en pleno Franquismo, publicó Elías Díaz *Estado de Derecho y Sociedad Democrática*, un libro importante entonces, que tenía el sentido, inequívoco tanto para partidarios como para contrarios, de sujetar al poder dictatorial. Todavía hoy nuestros manuales siguen describiendo «Estado de Derecho» como uno de

Tres. [...] el artículo 92 [...] pasará a tener la siguiente redacción:

«1. El Tribunal Constitucional velará por el cumplimiento efectivo de sus resoluciones. Podrá disponer en la sentencia, o en la resolución, o en actos posteriores, quién ha de ejecutarla, las medidas de ejecución necesarias y, en su caso, resolver las incidencias de la ejecución.

Podrá también declarar la nulidad de cualesquiera resoluciones que contravengan las dictadas en el ejercicio de su jurisdicción, con ocasión de la ejecución de éstas, [...].

2. El Tribunal podrá recabar el auxilio de cualquiera de las administraciones y poderes públicos para garantizar la efectividad de sus resoluciones que lo prestarán con carácter preferente y urgente.

3. Las partes podrán promover el incidente de ejecución previsto en el apartado 1, para proponer al Tribunal las medidas de ejecución necesarias para garantizar el cumplimiento efectivo de sus resoluciones.

4. En caso de advertirse que una resolución dictada en el ejercicio de su jurisdicción pudiera estar siendo incumplida, el Tribunal, de oficio o a instancia de alguna de las partes [...], requerirá a las instituciones, autoridades, empleados públicos o particulares a quienes corresponda llevar a cabo su cumplimiento para que en el plazo que se les fije informen al respecto.

Recibido el informe o transcurrido el plazo fijado, si el Tribunal apreciase el incumplimiento total o parcial de su resolución, podrá adoptar cualesquiera de las medidas siguientes:

a) Imponer multa coercitiva de tres mil a treinta mil euros a las autoridades, empleados públicos o particulares que incumplieren las resoluciones del Tribunal, pudiendo reiterar la multa hasta el cumplimiento íntegro de lo mandado.

b) Acordar la suspensión en sus funciones de las autoridades o empleados públicos de la Administración responsable del incumplimiento, durante el tiempo preciso para asegurar la observancia de los pronunciamientos del Tribunal.

c) La ejecución sustitutoria de las resoluciones recaídas en los procesos constitucionales. En este caso, el Tribunal podrá requerir la colaboración del Gobierno de la Nación a fin de que, en los términos fijados por el Tribunal, adopte las medidas necesarias para asegurar el cumplimiento de las resoluciones».

Sometida esta ley, que algunos consideran mutación constitucional, al juicio de constitucionalidad del propio TC, que así fue juez y parte, no se formularon muchos votos particulares, y, al final, se dictó sentencia favorable el 3 de noviembre de 2016».

los elementos del constitucionalismo demoliberal destinado a someter el poder al Derecho, y no a garantizar el orden público, la eficiencia ni la victoria en la *War on Terror*; objetivos para los cuales existen otros mecanismos. Pero desde hace unos decenios, quizá más claramente desde el presidente Aznar, el Estado de Derecho pasó a ser un arma del estado contra la delincuencia o el terrorismo, cuando en realidad, como todas las armas, potencialmente también sirve contra cualquiera que incumpla la ley, justa o injusta. En vez de someterse al Derecho, el estado, esgrimiendo el Derecho (esto es, sus leyes, generalmente, decisiones del ejecutivo), nos somete a nosotros.

Así, un concepto venerable (la sumisión del poder al Derecho) pasa a carecer de contenido substancial, como la etiqueta de un envase que, mientras se respeten las formas, digerirá cualquier contenido, incluso la negación mismo del Estado de Derecho. Como dijera don Manuel García Pelayo,

«[...]Q]ueda excluido del Estado de Derecho todo criterio de contenido para referirse exclusivamente a la forma [...] Con arreglo a la versión del positivismo, basta que el estado reconozca alguna limitación a su poder para que sea considerado como Estado de Derecho, lo cual es diferente del concepto [original, en el que se] exigían no sólo limitaciones formales, sino sustantivas... Pero la definitiva desnaturalización del concepto [de Estado de Derecho] tiene lugar con Kelsen, para quien estado y Derecho son idénticos y, por consiguiente, desaparece el concepto de Estado de Derecho, ya que al ser idéntico con cualquier estado pierde su singularidad y se puede hacer aplicable a todo tipo de organización estatal, aunque sea la negación misma del régimen liberal»⁵.

Si tanto podría contener una cosa (nuestro escudo) como la contraria (un arma gubernamental), es porque el sentido parece no importar mucho. Y cuando el sentido no importa, cuando no nos preguntamos sobre lo justo y lo injusto⁶, cuando no hay nada sólido tras la etiqueta «Estado de Derecho», ¿no estamos ante alguna forma de nihilismo en el Derecho? O bien, ¿no es nihilis-

⁵ GARCÍA PELAYO, M., *Derecho Constitucional Comparado*, Manuales de la Revista de Occidente, Madrid, 7ª ed., 1964, p. 159-161. En ese caso, el nihilismo jurídico resultaría de llevar el positivismo jurídico a sus últimas consecuencias.

⁶ ROMANO señala que una de las raíces del nihilismo es que «la cuestión del sentido no tiene sentido alguno», y que las tecnociencias no se interrogan sobre la oposición justo-injusto porque se sitúan más allá de ella (ROMANO, B., «La Funzione del nichilismo giuridico nel nichilismo finanziario», *Rivista di Filosofia del Diritto*, 2/2012, Il Mulino, Bologna, DOI 10.4477/38867, p. 384).

mo jurídico la decisión automatizada, la aplicación mecánica de una norma sin intervención humana, como ciertas sanciones de tráfico? Vemos a diario cómo la biotecnología o el tratamiento de datos arrastran a su terreno al Derecho, como si éste tuviera un papel sólo ancilar⁷; o bien, vemos cómo los «nuevos derechos» pasan en poco tiempo de la inexistencia a la exigibilidad jurídica, a menudo tras un período como *soft law* internacional. Hace sólo veinticinco años, pensábamos que «ideología de género» debía de ser algún problema de gramática; hoy está en normas tan obligatorias como el Código Civil: *ergo*, con independencia de que sea buena o mala, tan súbito paso de la inexistencia a la exigibilidad judicial, dice poco de la autonomía conceptual del Derecho y hace pensar en una *tabula rasa* en la que, respetando los procedimientos, se puede escribir cualquier cosa.

C. Posiblemente donde mejor se perciba el nihilismo jurídico sea en el Derecho privado, por ser la rama jurídica más vieja y sobre la que más ha recaído jurisprudencia y comentarios ya desde Roma. También se ve bien en el Derecho penal, hoy al servicio de la política y del control social, e incluso en el constitucional, tanto español como europeo, notablemente gobernado por la economía. Muchas medidas contra la actual crisis económica tomadas en España (como en otros países europeos) son anti-constitucionales, pero es notable que eso apenas se discuta, y no faltan profesores que, aun sin reforma constitucional alguna, sostienen que los derechos sociales son sólo una cuestión de presupuesto, lo cual volvería prescindible esa parte de la Constitución. Quien vea las cosas desde fuera, concluirá que nuestra Constitución cede toda ante su nuevo (y fraudulento) artículo 135, que ha desplazado el famoso *hominum causa omne ius constitutum est* en favor de *Eurozonae causa* (o por causa de los límites de deuda, o del déficit) *omne ius constitutum est*. Ciertamente, la opción por el Estado Social tomada por la Constitución es una opción política discutible, pero mientras la Constitución no se reforme, el legislador no puede ignorarla, ni el Tribunal Constitucional consentirlo.

⁷ «Se pide que el Derecho avale a priori todo lo que ofrece la tecnociencia, con la consiguiente menzuga de autonomía propia sistémica respecto de la tecnociencia y el mercado» (POSSENTI, V., *La Revolución Biopolítica*, Madrid, Rialp, 2016, p. 140). En cuanto a la relación entre Derecho y lógica técnico-científica me aparto del Prof. LOIS, que propugnando la máxima sumisión del Derecho a la lógica, defendió hace más de cincuenta años su computerización (*vid.* ESTÉVEZ, J. L., *La Lucha por la Objetivación del Derecho*, Vigo, 1965; últimamente, ID., *Hablando de Verdad y de Derecho*, A Coruña, Colegio Provincial de Abogados de La Coruña, 2008, pp. 207-208, 211-212 y *passim*).

En la Unión Europea, a Grecia se la ha atropellado casi como si los Tratados europeos no dijeran nada sobre integridad constitucional de los estados miembros y subsidiariedad. El tecnicismo economicista ignora el Derecho existente y da lugar a nuevas normas positivas que, una vez más, son vehículos de la economía (como el dicho art. 135 o, en el Derecho de la UE, el Tratado del MEDE), convalidan lo efectuado y se constituyen en nueva legislación vigente, que las autoridades nacionales cumplen y hacen cumplir tomándoselas tan en serio como si fueran el Digesto. En particular, el Tratado del MEDE coloca a este organismo, con poco disimulo, más allá del Derecho, incluso del Derecho europeo. Y hay que reconocer que poca resistencia ha ofrecido el Derecho español.

Tampoco es muy diferente, en el fondo, la escasa resistencia del Derecho ante las mencionadas innovaciones biotecnológicas: en vez de mantener la causa del hombre, la razón y la justicia, sigue a la biotecnología –todo lo que sea desarrollo técnico sigue teniendo para mucha gente luz verde, según el llamado «imperativo tecnológico»– y lo más que hace es poner criterios de procedimiento, lo cual, aun siendo menos malo que la inacción, es insuficiente.

D. Volviendo al Derecho Penal, como hoy raramente se declaran estados de excepción y tampoco se recurre al ejército, se carga al nuevo Derecho penal con una odiosa y poco jurídica tarea sustitutoria (el llamado Derecho Penal del Enemigo ocupa aquí un lugar particular). Resulta, así, un Derecho penal menos garantista, más controlador social, más tendente a regular toda posible conducta criminalizable (ahora numerosas y no siempre precisas; el Código actual es muy amplio) y más punitivo⁸. La actual ingeniería social decreta que incluso un conflicto mínimo entre un profesor y un estudiante, o un abuelo y su nieto, pueda llegar a judicializarse. Aparte de debilitar los vínculos interpersonales y el «capital social», el resultado es una trivialización y sobrecarga del Derecho penal, que deja de ser la rama jurídica de última intervención, aquella a la que se recurre cuando no hay más remedio. La lógica originaria de esta rama del Derecho podría resumirse en: dar garantías al delincuente contra las sentencias injustas, punir lo injusto natural grave, proteger ciertos bienes jurídicos y

⁸ La reforma del Código Penal español de 2015 ha suprimido las faltas, convirtiendo unas en delitos leves y otras en infracciones administrativas. Pero esa ‘des-criminalización’ de las segundas no siempre conviene al ciudadano, porque en el procedimiento administrativo hay menos garantías y porque las sanciones económicas en vía administrativa pueden ser tan elevadas que algunas personas podrían preferir ser juzgadas por una pequeña falta ante un tribunal penal imparcial antes que ser multadas por un órgano administrativo voraz y parcial.

reprimir los ataques serios a las condiciones mínimas de la coexistencia social. Pero en su actual papel, y desconectado de ese anclaje, el Derecho Penal se aplica al *panopticon*, a metas políticas como la lucha contra el separatismo territorial, a perseguir delitos con adjetivo (enaltecimiento del terrorismo y demás) hasta afectar al pensamiento (delitos de odio), a restringir las libertades como expresión y manifestación, luchar contra el blanqueo de dinero castigando *en passant* otros hechos delictivos difíciles de probar, proteger exageradamente a los cargos e instituciones públicas o blindar a la policía ante los delincuentes, cosa aparentemente razonable pero imprudente a la larga, pues también resultará blindada contra la gente común. Huelga decir que algunas de esas tareas son poco conformes con la Constitución. Pasamos, así, de un planteamiento más bien negativo a otro más bien positivo, cosa particularmente arriesgada en Derecho Penal⁹. Que el tipo de control preferido hoy sea el preventivo también es relevante, porque tiende a ser negativo para la presunción de inocencia¹⁰, y porque cuanto más control preventivo, menos libertad de las personas y menos papel protector y garantista del Derecho. Quizá suene mal para nuestra corrección política postdemocrática, pero respetar la libertad de hacer el mal, y a continuación exigir responsabilidad, es más jurídico que quitar la libertad de antemano para así impedir a las personas hacer lo malo. Es interesante notar que en diversas obras sobre los mundos felices que vienen, el control preventivo ha sido llevado a tal extremo que más que delincuentes lo que habrá será desviados o enfermos¹¹.

⁹ En general, nuestra visión del Derecho es más bien negativa, por ser lo mejor para la libertad, si bien el Derecho Civil puede ser más positivo. El Penal y el Constitucional (frenar al poder) serían más bien negativos. De lo que hemos señalado como lógica originaria del Derecho Penal, la protección del delincuente y la punición de lo injusto natural grave, serían tareas negativas; la protección de bienes jurídicos y la represión de los ataques a la convivencia, algo más positivas, por eso pueden con facilidad expandirse; basta que se expandan los bienes jurídicos protegibles y el concepto de ataque a la convivencia. Y el planteamiento penal positivo puede abrir paso al control preventivo.

¹⁰ En la película distópica sobre el juez Dredd, en Mega-City One (costa este de los USA), en 2130, viven 400 millones de habitantes, todos potenciales criminales.

¹¹ Últimamente, SCHALL, J., «On a world without war», *Mercatornet*, disponible en: <<https://www.mercatornet.com/features/view/on-a-world-without-war/20736>>, 20 nov 2017 [consultado 10 de abr 2018]: si se consigue un mundo en que la guerra sea absolutamente imposible, «el disenso será tratado como una aberración psicológica. No habrá pecados ni delitos; solamente personas locas, y no muchas» («On a world without war»). WAUGH, E. «Love Among the Ruins»: A Romance of the Near Future» (1953), en *The Complete Stories of E. Waugh*, Boston, Little, Brown and Company, 1998, p. 417, un relato corto de 1953, escribía: «En la nueva Gran Bretaña que estamos construyendo, no hay criminales. Hay sólo víctimas de servicios sociales inadecuados».

2. CUÁNDO NO HAY NIHILISMO JURÍDICO (ALGUNOS EJEMPLOS)

Se dará nihilismo jurídico cuando haya muchos momentos en los que pareciera como si el Derecho (o, en nuestro caso, la Constitución española) no existiera, o no dijera nada; o bien como si *a priori* no valiera la pena defendernos ante el juez o el funcionario porque nuestra argumentación no afectará mucho al resultado. Y no se dará nihilismo jurídico cuando suceda como en el caso del molinero prusiano. Pero además de ese famoso caso, tampoco escasean los ejemplos de vida jurídica no nihilista (si escasearan, la historia del Derecho sería muy breve).

Ante todo, debemos tener presente cómo concebimos el Derecho, la manera de producirlo y quién lo produce. Tiene mucha importancia que el Derecho sea una sabiduría prudencial producida por juristas con *auctoritas* pero sin *potestas* (sobre todo, jueces, comentadores, notarios) o por el contrario sea el producto del legislador (frecuentemente, el poder ejecutivo) armado con su *potestas* y dictando a la sociedad órdenes de naturaleza organizativa, sancionatoria o recaudatoria con la forma de normas positivas:

«La afirmación de que el Derecho se funda primariamente en la doctrina viene a librarnos de las consecuencias del positivismo [y, añadimos nosotros, del nihilismo]... Si los juristas quieren recobrar su dignidad de autores del Derecho, de verdaderos jurisprudentes, formuladores de los criterios de lo justo e injusto, es menester igualmente que recuperen la conciencia de que el casuismo es el verdadero método de la jurisprudencia. Éste es el terreno en el que el jurista puede moverse con verdadera autoridad y libertad frente a la planificación. Es ésta, por su misma naturaleza, reglamentaria y anticasuística, pues no se trata en ella de discernir concretamente lo justo de lo injusto, sino de trazar las reglas generales de la convivencia social en orden al bien común. La actitud del jurista no es imperativa, sino dialéctica [...] La jurisprudencia es siempre oracular»¹².

Un Derecho sólo de juristas, si existiera, sería por principio menos proclive al nihilismo que un Derecho sólo de leyes, si existiera. Ciertamente, ha habido y hay muchas leyes de gran densidad jurídica, como el Código civil español, pero generalmente han sido normas duraderas, que recogían la sabiduría jurídica anterior y tenían una buena dosis de finalidad y de justicia, lo que no puede decirse de muchas leyes actuales¹³.

¹² D'ORS, *Papeles del Oficio Universitario*, Madrid, Rialp, 1961, p. 276.

¹³ Si bien se recordará que en el kelsenianismo lo que hace jurídica a una norma es el mandato del legislador respaldado por la correspondiente sanción.

Giremos ahora el enfoque de lo que estamos estudiando a otro enfoque, el de las fuentes. Para empezar, las constituciones conformes con el espíritu del constitucionalismo nunca han partido del nihilismo, o de lo contrario no podrían proclamar derechos innatos ni sumisión del poder al Derecho. Los redactores de la Constitución española incluyeron la sumisión plena «a la ley y al Derecho»¹⁴, además de unos valores superiores y unos principios del ordenamiento jurídico, y por tanto puede decirse que la Constitución es muy contraria al nihilismo jurídico. Como escribió Hernández Gil,

«[la Constitución] no se conforma con exigir del ordenamiento jurídico un fundamento o legitimidad formal, sino [...] también material, concerniente al *contenido* y a los *finés*, por cuanto en un precepto importantísimo, como es el artículo 1.1, propugna como «valores superiores del ordenamiento jurídico la libertad, la *justicia*, la igualdad y el pluralismo político». [...] Aun cuando esto no suponga el reconocimiento de un derecho natural propiamente dicho, sí es cierto en todo caso que, lejos de atenerse la Constitución al modelo positivista para el cual el derecho es la coacción organizada en normas, busca la dimensión axiológica de lo jurídico como exponente de un ideal ético-social, que ocupa el nivel superior del ordenamiento»¹⁵.

No obstante, la débil efectividad de esas disposiciones constitucionales es prueba de que la muy importante obligación de que las normas tengan sentido y sean justas, no queda garantizada con sólo incluirla en el articulado de una ley, ni siquiera de la super-ley que es la Constitución.

Señalaremos también la importancia de la razonabilidad, procedente de la *reasonableness*. Es claro que lo irracional, caprichoso o incongruente no será por

¹⁴ Art. 103.1: «La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho». Esta disposición se inspiró en el art. 20.3 de la Ley Fundamental alemana. Los valores superiores están en el art. 1.1 (libertad, justicia, igualdad y pluralismo político) y los principios en el 9.3. Aunque el criterio de instalar valores en la cúspide del ordenamiento jurídico sea discutible, en todo caso estaba en las antípodas del nihilismo jurídico. Problema distinto es si las constituciones (y los valores constitucionales proclamados en ellas) son el instrumento adecuado para combatirlo.

¹⁵ El notado civilista Antonio HERNÁNDEZ GIL fue presidente del legislativo español precisamente cuando éste redactaba la Constitución (1977-78). La cita es de su artículo HERNÁNDEZ GIL, A., «El Derecho», *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, 1988, Valparaíso, Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social, p. 247 (publicado originalmente en LAÍN ENTRALGO, P., *Los estudios de un joven de boy*, Madrid, Fundación Universidad-Empresa, 1982, cursivas nuestras. Si el Derecho tiene contenido y fin propios y tiende a la justicia, difícilmente caerá en el nihilismo. (No entraremos ahora en el problema de los valores ni tampoco en si el Derecho es precisamente un *ordenamiento*).

principio muy jurídico, y ya existe jurisprudencia en esa línea en materias como urbanismo, terreno tradicionalmente fértil en España para las irracionalidades e incongruencias. Pues efectivamente, donde hay razonabilidad, «ojo de buen cubero», *communis opinio doctorum*, sentido común, sentido de la justicia, habrá más finalidad y menos nihilismo en la vida jurídica.

Si, siendo realistas, vemos que centrarnos en la Constitución, aun siendo importante, no nos va solucionar el problema, sugerimos como más fructífero atender a la relación entre resto de las fuentes del Derecho y nihilismo.

En un paisaje jurídico saludable debería existir algún Derecho que fuese ‘otro’¹⁶ por ser superior, o anterior, o al menos exterior, al Derecho legislado; que exista algún nivel, rama o fuente del Derecho que sea indisponible para el legislador y el gobernante (notesé que toda constitución escrita y rígida es, por principio, indisponible para el legislador ordinario y el gobernante). Hernán Cortés acumuló mucho poder cuando conquistó México, pero ni él ni ningún otro conquistador se creía por encima de las Siete Partidas, que así pasaron a América y continuaron vivas durante siglos. Seguramente incumplieron muchas veces el Derecho de las Partidas o las Leyes de Indias, pero no las derogaban; no se consideraban señores del Derecho. Tanto en Roma como en el *Common Law* como en el *Ius Commune* europeo, los operadores jurídicos partieron de que una buena dosis del Derecho les venía ya dada, y ellos, por tanto, ‘descubrían’ o ‘desarrollaban’ el Derecho más que ‘crearlo’. Tradicionalmente, el Derecho inglés estaba *in the breast of the judges*, y lo que ellos hacían era como desarrollarlo. De las diversas fuentes del Derecho, tal vez la sabiduría jurídica, en general, y en concreto los principios que la condensan, sean lo más contrario al nihilismo. Allí donde el Derecho tiene vida suficiente como para que se reflexione sobre la legislación, la jurisprudencia y la experiencia, y se formulen principios, y se transmitan a las ulteriores generaciones de juristas, no prosperará fácilmente el nihilismo.

Acabamos de mencionar los principios que consagra la Constitución española en su artículo 9.3¹⁷. Aun no gozando de mucha efectividad en la práctica jurídica, ello no impide sostener como afirmación general que si están vivos

¹⁶ En ello insiste B. ROMANO con el neologismo *terzietà* (ROMANO, B., 2006, *passim*). También IRTI, N., *Nihilismo Giuridico*, Bari, Laterza, 2004, p. 19: debe existir «un Derecho [que sea] ‘otro’ por fuente y rango».

¹⁷ «La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos».

tenderán a impedir la entrada al nihilismo, que son lo más contrario a éste, más que las leyes, y que tenderán a configurar un Derecho no nihilista. No hay que pensar que sólo en Roma, en la Edad Media o en el *common law* estuvieran vivos los principios; nuestro Derecho privado ha sido siempre muy principialista. Las treinta y siete reglas (muchas de las cuales contenían principios) del Título XXXIV de la Séptima Partida de Alfonso el Sabio no sólo pasaron a América sino que siguieron vivas en México (y otros países) incluso después de la independencia. En el trabajo de Soberanes «Los valores jurídicos en la historia» aparece un listado de principios jurídicos clásicos que estaban vivos entre los juristas mexicanos hacia mediados del siglo XIX¹⁸. Es claro que no habrá mucho nihilismo jurídico allí donde estén vivos principios como –por poner algunos– *afflictio non est addenda afflicto*¹⁹, *alteri per alterum fieri non debet iniqua conditio*, *bonus homo intelligitur iudex ordinarius*, *optima legum interpres consuetudo est*.

En cuanto a otra de las importantes fuentes, la jurisprudencia, es cierto que puede también incurrir en nihilismo, y no pocas veces ha sucedido así, pero no es menos cierto que la propia estructura de la actividad jurisdiccional, con las intervenciones de los abogados y la alegación de otras sentencias, permite a los jueces dictar sentencias no nihilistas, sobre todo si se trata de temas alejados de la política del momento. Desde este punto de vista, parece que hoy son los jueces, si lo desean, quienes más pueden hacer contra el nihilismo jurídico. Para estos efectos, estamos en sus manos más que en las de los legisladores, incluso en la hipótesis de que éstos hicieran leyes no nihilistas.

Otro aspecto de la jurisprudencia es que, al generar comentarios de los estudiosos, contribuirá a la formación de principios y de una sabiduría jurídica no estrictamente legal.

En cuanto a la doctrina, hoy hay muchos y muy brillantes profesores e investigadores, pero como los juristas hace ya siglos que no formamos un *corpus*, estamento, gremio o cofradía, no se puede decir que la doctrina jurídica como fuente tenga el peso específico que tuvieron los doctores de la *communis opinio*, a los que se refería el juez Coke en el siglo XVII, ni los comentaristas medievales, ni, huelga decirlo, los juristas romanos. Con todo, no es menos cierto que la doctrina cien-

¹⁸ SOBERANES FERNÁNDEZ, J. L., «Los valores jurídicos en la historia», en GARCÍA RAMÍREZ, S. (ed.), *Los Valores en el Derecho Mexicano. Una Aproximación*, México, UNAM-FCE, 1997, p. 417-451. El autor enuncia en latín y español 381 principios clásicos.

¹⁹ Ese principio estaba vivo en la cultura general. Cuando Sancho Panza va a tomar posesión de su gobierno en la Ínsula Barataria uno de los consejos que le da don Quijote es una variante: «Al que has de castigar con obras no trates mal con palabras, pues le basta al desdichado la pena del suplicio, sin la añadidura de las malas razones» (*Don Quijote de la Mancha*, segunda parte, cap. XLII).

tífica de hoy ha mostrado ser capaz de columbrar estos fenómenos muy de lejos y antes que jueces o legisladores, pues quienes llamaron la atención sobre el actual nihilismo jurídico fueron Irti, Romano, Possenti y otros profesores italianos²⁰.

Debe notarse que nuestro nihilismo jurídico actual no tiene mucho que ver con otros anteriores, cuyos orígenes podrían rastrearse incluso hasta el platonismo (el buen legislador es ley para sí mismo). En otra línea, pero emparentada de alguna manera con el platonismo, también la Ilustración tuvo su dimensión antijurídica, pues consideraba que ‘las Luces’ y ‘la virtud’ volverían innecesarias ‘las leyes’, las cuales, además, tampoco se justificaban desde el punto de vista de ‘la utilidad’²¹, entonces tan importante.

Recuérdese también el nihilismo jurídico de autores como Dostoievski y Tolstoi, en el que lo atacado es el Derecho mismo, pues, si todos fuéramos suficientemente honrados y caritativos, sería innecesario e incluso perturbador²². Esa idea –el Derecho existe porque no somos buenos; en una sociedad de personas impecables o santas, sobraría– choca con el realismo y el sentido jurídico de los famosos abogados Marco Tulio Cicerón y Tomás Moro. Moro tenía mucho sentido común y sentido jurídico, y pensaba que la existencia de unas buenas leyes era una gran cosa desde todos los puntos de vista. Y tenía razón, pues aparte de la improbabilidad de una sociedad de santos, incluso en ella podría haber cláusulas testamentarias mal redactadas, leyes que admitieran dos interpretaciones, o madres defendiendo los legítimos y contrapuestos intereses hereditarios de sus respectivos hijos...

Además, debe notarse que aquellos nihilismos que consistirían en un vacío jurídico tienen poco parentesco con el de hoy, que florece en un escenario de miríadas de normas, aunque instrumentales y efímeras. Añadamos que los agentes actuales del nihilismo jurídico no afirman la inutilidad del Derecho ni proponen prescindir de él, sino que lo utilizan. No hay ninguna incompatibilidad entre nihilismo jurídico y orgía normativa, pues, el núcleo del nihilismo

²⁰ IRTI, N., 2004; ROMANO, B., 2006; e POSSENTI, V., *Nichilismo giuridico. L'ultima parola?*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2012; todos ellos libros brillantes e innovadores. La expresión «nihilismo jurídico» no debe entenderse literalmente pero es muy expresiva.

²¹ BRISSOT DE WARVILLE, polemizando con el jurista español ‘no ilustrado’ Pedro de Castro: «para organizar la sociedad se necesitan pocas leyes; habiendo perfeccionado a la razón, madre de ellas, ¿qué necesidad hay de recurrir a las edades remotas? [...]» (BRISSOT DE WARVILLE, J., «Carta a don Pedro de Castro», en *Espíritu de los mejores diarios literarios que se publican en Europa*, 27 sep. 1787).

²² El nihilismo al que se refieren los grandes escritores rusos es mucho más amplio que el jurídico, pero con claras consecuencias negativas para éste.

jurídico no es la a-legalidad ni la i-legalidad, sino la legalidad sin justicia, sin sentido o instrumentalizada. Como dice Romano, «las diferentes modalidades de nihilismo [...] pueden surgir cuando los símbolos concebidos por las personas no hacen referencia a la realidad material del mundo, sino que funcionan como símbolos de otros símbolos» («La Funzione...», cit.), lo cual es compatible con la proliferación normativa.

3. CAUSAS

A. *Causas filosóficas*

Vemos, así, que el actual nihilismo jurídico tiene varias causas. Los autores italianos mencionados se concentran en las más profundas, remontándose hasta Nietzsche y otros precedentes de gran potencia filosófica. Y tienen razón, pues si había nihilismo en la cultura occidental, era improbable que tarde o temprano no alcanzara al Derecho, aunque fuera mucho tiempo después de afectar a la filosofía (Nietzsche), al arte y a la literatura (así, Irti cita mucho a Camus).

B. *Unas palabras sobre el papel de la técnica*

Sin infravalorar esas causas profundas como generadoras de nihilismo, aquí intentamos identificar otras más mundanas y ‘de menor cuantía’ pero no menos importantes al final. La primera es la invasión de todo por la técnica²³, que igual produce bombas nucleares que medicina nuclear; y con ella, el eficientismo, y últimamente el capitalismo en su modalidad monetaria y financiera. Es claro que el impacto de unas fuerzas así no beneficiará mucho al Derecho. La técnica es expansiva de por sí, y –como decía Montesquieu del poder– va hasta donde encuentra un límite. Nada es sagrado para ella, y su impacto en el Derecho no podrá ser muy beneficioso, ni para la parte de justicia sustantiva ni (aunque menos) para la parte de procedimiento.

Durante los siglos XIX y gran parte del XX la técnica se llevó muy bien con la idea general del progreso humano y con el humanismo ilustrado y genéricamente progresivo²⁴, pero últimamente nadie que haya profundizado en la

²³ IRTI, N., insiste mucho: 2004, pp. 20, 31, 34-36 y *passim*

²⁴ VOLPI, F., *Il Nichilismo*, Bari, Laterza, 1999, cap. 15. Lo dice desde un punto de vista no jurídico sino filosófico.

cuestión cree en una armonía preestablecida. La Segunda Guerra Mundial y la bomba atómica dejaron claro que no todo avance técnico es *eo ipso* bueno para la gente. Como ha escrito Volpi, el progreso científico-técnico no coincide con la realización cultural y espiritual del hombre y –añadamos– últimamente, ni siquiera con su bienestar económico, pues para el hombre corriente, los efectos de la primera revolución industrial y los de la cuarta son muy distintos, aunque muchos las vean como distintas etapas en un mismo sentido. Lo que es más: últimamente, la tecnociencia ha venido a hacer del hombre un objeto, su objeto. Como proféticamente observó Romano Guardini en 1937, «bajo pretexto de la racionalización técnica y humana, [se] ha convertido el orden económico moderno en un mecanismo esclavizador de los hombres. Acaso preferimos decir que [...] se] convierte al señor de la máquina en criado de la misma»²⁵

Y con la respuesta a la actual crisis financiera europea, la técnica, ahora al servicio de la economía, llega a mostrarse inhumana y abiertamente antidemocrática. Bruno Romano subraya el peso del «nihilismo financiero» en la producción del nihilismo jurídico: «el mundo humano [se ha transformado] en un mercado globalizado», en el cual el señorío de las finanzas es capaz de imponerse no sólo sobre la economía real sino también sobre las normas jurídicas²⁶.

Entre los políticos, economistas, banqueros y opinión pública común, muchos siguen dando por sentado el citado imperativo tecnológico: que todo lo que vaya siendo técnicamente posible, se hará (algunos creen que *deberá* hacerse), con lo que la lógica del Derecho cede ante la lógica de la técnica. El peso de la técnica hoy es tan grande que, en la práctica, en determinadas materias, es como si los estados la consideraran fuente del Derecho. La tecnología tiene una dinámica tan ajena a la del Derecho que los juristas no podemos aceptar el papel que el desarrollo tecnológico nos reserva. Una discusión de juristas nunca debería ser una discusión de tecnólogos, ni siquiera de biotecnólogos, ni siquiera de bioéticos²⁷. La tecnología no siempre tiene sentido –salvo el sentido de la técnica, ‘poder hacer’– ni se preocupa de tenerlo, como tampoco se preocupa de que el

²⁵ La frase continúa: «Podemos decir muy bien que ésta es la mejor labor del demonio» (GUARDINI, R., *El Señor*, Madrid, 1965, t. I, p. 210; originalmente *Der Herr*, 1937). Uno se siente tentado a conectar esta idea con la del rostro demoníaco del poder, idea cara a algunos autores como Ritter. Pero ello nos conduciría más allá de las fronteras de este trabajo.

²⁶ ROMANO, B., 2012, p. 375, 376 y *passim*.

²⁷ *Vid.* COTTA, S., 1987, p. 182. A lo largo de la historia el Derecho ha sido frecuentemente instrumentalizado por el poder, la economía e incluso la moral. (Ésta y el Derecho, por juzgar conductas humanas libres, tienen mucho en común, pero no son idénticos ni intercambiables).

fin justifique los medios, respetar derechos adquiridos o proteger al débil. En cambio, el Derecho por definición tiene sentido; no puede no tenerlo. Cuando se produce un avance en cualquier terreno altamente tecnificado –tecnología de la alimentación, medicina, reproducción humana, u otro–, y llega un problema a los juristas, no podemos empezar concediendo la premisa mayor (que el alcance del Derecho vendrá delimitado por lo que diga la técnica; que todo lo que se pueda hacer, se hará y después se legitimará; que nada está *extra commercium*). Debemos evitar jugar en el terreno del contrario o con sus reglas de juego, porque eso terminaría reduciéndonos a poner notas jurídicas al pie de las páginas escritas por la técnica; a convalidadores, a bomberos que van intentando apagar los excesos del último avance tecnológico... La biotecnología puede informar al Derecho sobre las últimas opiniones científicas acerca del blastocisto, pero no puede dictarle cómo debe verlo, pues el Derecho tiene sus propios principios –p. ej., *nasciturus iam pro nato habetur* y otros–. Adjudicaremos esos problemas sin ignorar la información suministrada por la tecnología pero desde lo jurídico, desde el *hominum causa omne ius constitutum est*, sin reconocer a la técnica ninguna inevitabilidad, ninguna preferencia, ningún derecho *a priori* a escribir las páginas de la historia, especialmente ahora –en realidad, ya desde el nazismo y la Segunda Guerra Mundial– que la posibilidad de un progreso tecnológico poco humano o inhumano no es una especulación de autores de distopías. Como la sociedad no es una masa amorfa –así la ve la técnica: amorfa y fragmentable–, lo mejor, tanto teórica como prácticamente, es que las distintas actividades e instituciones sociales conserven sus propias dinámicas; el Derecho, la suya²⁸. La economía y la tecnología, que en realidad son actividades ancilares destinadas a servir al hombre y a la sociedad, han pasado a ser servidas por todo lo demás, invirtiendo la relación medios-fines.

No defendemos aquí que toda tecnociencia sea agente de nihilismo jurídico. Acercando la lupa, podría resultar que ayer fuera positiva y hoy negativa, pues la tecnociencia actual es diferente y tiene rasgos muy específicos. Seguramente Bacon se escandalizaría de ciertos desarrollos tecnológicos que hoy parecen moneda corriente. Por eso el Derecho no puede aceptar sin más el imperativo tecnológico actual. Al contrario, la tecnociencia ha de someterse a la ética y

²⁸ Encontramos aquí ecos del reproche aristotélico a Platón acerca de que la sociedad no debe ser monolíticamente uniforme: si homogeneizamos demasiado la heterogeneidad connatural a la *polis*, llegará un momento en que deje de ser *polis* (PEREIRA MENAUT, A. C., *Doce Tesis sobre la Política*, varias ediciones [última edición: Santiago de Compostela, Andavira Editora, 2015, con PEREIRA SÁEZ, C.; CRICK, B.; GARCÍA HUIDOBRO, J. (col.)], tesis decimoprimeras, con el comentario del Estagirita).).

al derecho. La fe acrítica en la bondad e inevitabilidad del progreso científico-técnico es una ideología²⁹ cuyo efecto es hacer a la tecnología independiente del Derecho, de la ética y, en último extremo, del hombre. Y como la ciencia se orienta menos a conocer que a hacer –al poder, a poder hacer–, la eficacia sustituye a la justicia y los procedimientos técnicos al razonamiento jurídico.

Decíamos un poco antes que durante siglos los avances técnicos fueron, en general, muy positivos: volar, hacer trenes, hacer coches, arar más terreno, hacer mejores barcos, mejorar las operaciones quirúrgicas. Así se palpa en los libros de historia cuando leemos cómo hacia 1900 los hermanos Wright consiguen hacer volar un rudimentario aparato durante 12 segundos, Ford empieza a producir coches asequibles a mucha gente y así sucesivamente. Eran saltos enormes para su tiempo, pero hechos por el hombre, con sus manos y a su medida, no lo desbordaban; sólo potenciaban su actuación. La idea de la bondad *a priori* de toda tecnología viene de ahí, y eso explica por qué durante mucho tiempo nadie vio nada particularmente negativo ni incontrolable para el hombre. Pero algunos, como G. Anders, comenzaron ya en los años 50 a columbrar al hombre superado por la técnica (*Obsolescencia del Hombre*, 1956). Anders vio claro que ya no se podía dar por supuesta la benignidad y humanidad de la técnica. Se rompía el nexo automático tecnología-progreso humano-progreso social-aumento de las libertades y de la participación política. Pero si la técnica ha dejado de ser automáticamente buena para el hombre, el imperativo tecnológico no tiene sentido y el Derecho no debe necesariamente doblegarse ante él.

La técnica de antes era cuestión de máquinas y no se ocupaba del hombre. Hombre y máquina eran distintos, y, salvo películas de ficción, la gente común no pensaba otra cosa. Sólo algunos especialistas o novelistas planteaban la posibilidad de la simbiotecnica hombre-ordenador³⁰. Ahora, la tecnología ya no es cuestión de mecánica, sino de silicio y algoritmos; es virtual, desborda con mucho al hombre y va camino de prescindir incluso de las cosas materiales. La frontera hombre-máquina parece superada y no sólo en lo físico sino también en lo intelectual y lo moral, con las lógicas repercusiones sobre la vida jurídica.

²⁹ No en el sentido ordinario, como el marxismo o el fascismo. Además de su carga ideológica, su orientación está muy influida por intereses económicos. Sobre la ideología científico-técnica, HABERMAS, J., *Ciencia y Técnica como «Ideología»*, Madrid, Tecnos, 2ª ed., 1992 [edición original de 1968], pp. 53 y ss.

³⁰ HOTTOIS, G., *El Paradigma Bioético. Una Ética para la Tecnociencia*, Barcelona, Anthropos, 1991 [edición original de 1990], p. 96.

Debe notarse que además de la técnica propiamente dicha, es también fértil campo de nihilismo la tecnificación de la legislación, sobre todo en terrenos muy especializados, como medio ambiente. El jurista medio que se ve en la necesidad de leer una de esas normas reglamentarias, normalmente no la entiende gran cosa. El resultado es que los jueces, por buenos juristas e imparciales que sean, no pueden fácilmente saber por sí mismos si el vertido en un río de un ácido con el nombre cabalístico XYX-2018B, mata muchas o pocas truchas, corriendo así el riesgo de fallar poco menos que a ciegas y sólo sobre la base de unos poco inteligibles informes técnicos.

C. *Positivismo, legalismo, simplificación del Derecho*

Otra causa coadyuvante al nihilismo ha sido el positivismo, especialmente el kelseniano, junto con el legalismo en general.

No disponemos aquí de mucho espacio, pero en un trabajo que no se pretende muy teórico ni muy metódico, no tendría sentido enjuiciar por bloques completos, sin matizar ni discriminar: toda la técnica es buena (o mala) para el Derecho, todo el capitalismo es bueno (o malo), y así sucesivamente. Si hasta ahora hemos evitado esos juicios totalizantes, no quisiéramos hacer sobre todos los diversos positivismos un juicio igual de totalizador y sin matices. Partimos de que no hay un único positivismo jurídico, sino que esa expresión puede denominar diversas tesis sobre el Derecho (y la moral) distintas e independientes³¹. La realidad misma muestra que no es lo mismo el positivismo de un país de *common law* que el de un país europeo continental, el de la ley que el de la sentencia; el del siglo XIX, que a menudo se movía en un trasfondo bastante iusnaturalista y personalista, que el del XXI; el de Kelsen que el de Bobbio. No será igual el positivismo de un Derecho de «textura abierta»³², que el de un ordenamiento jurídico como una pirámide de mármol. Por tanto, la relación entre positivismo jurídico y nihilismo jurídico no ha de entenderse en bloque: en alguna de sus versiones el positivismo jurídico confluirá casi necesariamente con el nihilismo jurídico; en otras –sea por la relevancia de la función judicial, por los criterios que forman la regla de reconocimiento, etc.–, no. Dicho todo

³¹ HART, H. L. A., *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, 1961, pp. 185 y 302

³² Sobre la textura abierta del Derecho según HART, H. L. A., 1961, «The Open Texture of Law», dentro del cap. VII («Formalism and Rule-Scepticism»), pp. 124 y ss.

ello, no es menos cierto que el positivismo jurídico que predomina en las últimas décadas en España está resultando negativo, si no muy negativo.

En cuanto al legalismo, como dice Irti, el *gius-razionalismo* puede hacer normas válidas y procesalmente correctas, pero no puede darles contenido ni tampoco –argumento práctico y por ello importante para un jurista– puede hacer frente a todos los casos que surjan³³. También es ahistórico; en realidad es una lógica, y como tal, negativa para el desarrollo de la prudencia jurídica y el sentido de la justicia, que han sido no poco históricos, aunque sobre una base natural. De la misma raíz procede el legalismo inmoderado, que expulsa el sentido común, y, si éste falta, no se genera *prudentia iuris* ni ‘olfato’ jurídico. El mantra, hoy tan frecuente en España, «la ley es la ley y es para cumplirla», es una ruda simplificación que vuelve sobrante la *prudentia iuris*; ya no «se hace justicia» sino que «se cumple la ley»; ya no hay matices, no se aprecia el caso. El inmoderado legalismo nos ha llevado a donde estamos hoy: predominio del Derecho cogente sobre el dispositivo; Derecho de situaciones, en las que uno simplemente encaja o no, marcando una x en el correspondiente recuadro. Como escribía el maestro Álvaro d’Ors, tomando ocasión de las *duae positiones* de Ulpiano,

«Relación quiere decir nexo trabado por la actividad de la autonomía privada, en tanto la *situación* supone ubicación dentro de la hipótesis prevista por el ordenamiento jurídico, por la norma. Resurge así [...] a través de esta nueva consideración, la genuina distinción entre autonomía privada y norma estatal: entre *ius* y *lex*»³⁴

Lo que dice Romano –«el hombre, el *sujeto del Derecho*, deviene un *objeto* de las normas»³⁵–, podría aplicarse al Derecho de situaciones llevado al extremo. Cada paso hacia un menor papel de la libre conducta y una menor apreciación prudencial por parte del aplicador, intérprete u operador jurídico,

³³ IRTI, N., 2004, p. 21

³⁴ D’ORS, A., 1961, p. 257; cursivas nuestras. Es claro que, en principio, el Derecho de relaciones dará mayor protagonismo a la persona que el de situaciones.

³⁵ «El hombre, el *sujeto del Derecho*, se convierte en un *objeto de las normas*, y así madura la progresión hacia el nihilismo jurídico ‘perfecto’ [...] Se dan sólo *normas tratadas con otras normas*, [...] que nunca reenvían al *Derecho del hombre*, a la justicia iluminada por la *razón jurídica* [...]» (ROMANO, B., 2006, p. 86). El normativismo llega al extremo en el nihilismo jurídico que Romano llama ‘perfecto’: «... el nihilismo jurídico ‘perfecto’ consiste en tratar las normas mediante otras normas...» (p. 89). El paso del conflicto entre conductas personales al conflicto entre normas es particularmente iluminador.

es un paso hacia el nihilismo jurídico³⁶. En una línea similar están las políticas preventivas exageradas (del fraude fiscal, del terrorismo, etc.). La Unión Europea, para impedir que los estados miembros de la zona del euro aprueben presupuestos que incumplan los objetivos de déficit y deuda, les quita su libertad obligándoles a someter a Bruselas su borrador de presupuesto. Recordemos también otra conocida causa de nihilismo jurídico, la inmoderada proliferación legislativa, la *statutory orgy*³⁷, pues esas normas, además de contarse por miles, a menudo son efímeras, meramente organizativas o triviales; medidas, en realidad, de gobierno o administración. Esta cuestión, nada teórica, es un golpe dado por la vida real a la seriedad teórica del positivismo y de la Teoría Pura. Pero también resulta perjudicada la percepción común de la seriedad y sustantividad del Derecho, que resultan muy difíciles de ver tras las abigarradas, politizadas y mudables páginas de cualquier diario oficial. La frase, recién mencionada, «la ley es la ley y es para cumplirla», inhibe el recurso a la equidad y expulsa los demás criterios interpretativos (lógico, analógico, *a fortiori*, *a coherentia*, de racionalidad del sistema, *voluntas legislatoris*, teleológico...) que ayudarían a aplicar justamente la ley al caso concreto. Todavía debemos añadir que eso, además de no ser siempre deseable, no siempre es posible aplicarlo en la realidad. Sólo se puede aplicar *tout court* cuando el problema es muy simple –con semáforo rojo, un conductor ebrio atropella a una anciana–, pero en los casos complejos (que son muchos, o de lo contrario no habría pleitos), el primer problema para el juzgador, legalista o no, es decidir cuál de las normas alegadas por las partes va a considerar aplicable al caso. (Dejamos ahora aparte que la gran mayoría de las normas que nos gobiernan no son leyes, sino normas inferiores; a veces, muy inferiores).

Las personas normativistas, con el tiempo, terminan no pensando en la finalidad de la norma. En España, las décadas de legalismo ya transcurridas nos permiten hoy ver cómo esa mentalidad ha impregnado incluso a los últimos aplicadores, funcionarios y policías. Así, aunque la ley reguladora del tráfico se llame «de Seguridad Vial», muchas sanciones por exceso de velocidad son impuestas por máquinas, y por tanto sin ninguna consideración acerca de si hubo inseguridad o no. O tomemos el caso de las identificaciones

³⁶ «... El nihilismo jurídico, carente de cualquier referencia a las decisiones del hombre...» (ROMANO, B., «Filosofía del Derecho», *Estudios de Derecho*, v. 64, n. 144, 2007, Universidad de Antioquia, Colombia, p. 55).

³⁷ Expresión de CALABRESI, G., *A Common Law for the Age of Statutes*, Harvard University Press, 1982

personales necesarias en muchas actuaciones jurídicas: aunque el funcionario conozca al ciudadano, aunque éste presente otras identificaciones suficientes, sólo admitirá su DNI, no importando que la finalidad de la ley quedase satisfecha con establecer por cualquier medio la identidad de la persona. De esta manera, el operador jurídico no lleva a cabo, en realidad, tarea alguna de naturaleza jurídica; no necesita ser razonable ni hacer justicia; su papel recuerda al de una ‘boca muerta’ o máquina de aplicar leyes. Es humano y normal que si el *bonus paterfamilias* ha de ser vigilado, lo sea por un *reasonable policeman*, pero no por una máquina que uno ni siquiera puede ver y que graba cincuenta fotos por segundo, rompiendo todo posible equilibrio o juego limpio entre vigilante y vigilado, entre el poder y el ciudadano, que también en este caso más parece un objeto que un sujeto del Derecho. La máquina informatizada no es razonable pero es eficiente, eficiente hasta lo implacable –y hay quien la valora precisamente por eso–. El hombre común está vencido de antemano por el insuperable desequilibrio entre la moderna máquina y él³⁸. En esos casos, poco hay de jurídico, porque el Derecho –repitamos– implica entrar a apreciar la justicia o injusticia del caso, y eso no lo cumple la máquina, ni tampoco el funcionario que nos exige precisamente el documento de identidad aunque ya la conozca³⁹.

En España, en casos de multas o impuestos no pagados, el ciudadano puede ser embargado directamente y sin previa sentencia por el Ministerio de Hacienda, pues la Administración pública puede embargar bienes sin ne-

³⁸ Dejemos aparte que tal grado de control del ciudadano, hasta en el interior de su vehículo y sin haberse producido un accidente ni una infracción, tiene algo de cuasi-totalitario. Hoy no hay línea roja alguna para el control estatal, que podría llegar a despojar al hombre hasta de la última gota de actividad libre y no controlada. Sobre el desequilibrio entre hombre y máquina, que los actuales partidarios de la inteligencia artificial no ignoran, véase ANDERS, G., *La Obsolescencia del Hombre*, vol. I, Valencia, Pre-Textos, 2011 [edición original de 1956]. Siempre ha sido importante para la libertad que la maquinaria del poder –incluso democrático, incluso legítimo– no funcione como un reloj suizo. En la Rusia zarista, las fisuras de la desorganización, la falta de control y la torpeza de la policía y de la administración pública, templaban la inicial dureza de aquel régimen político.

³⁹ Con el grado de informatización de la administración pública española, hoy muchos funcionarios lo saben todo sobre nosotros incluso sin personarnos ante ellos. Tradicionalmente, en el Derecho civil español los notarios podían acreditar en caso de necesidad por testigos y de otras formas no documentales. En Inglaterra, hasta no hace mucho, era todavía más sencillo: preguntándole a uno quién era. Hace treinta años, en una cafetería en la U. de Cambridge en la que sólo podían entrar los profesores y estudiantes, en la práctica los porteros no controlaban el acceso, y cuando lo hacían dejaban entrar también a los *bona fide accompanying guests* simplemente preguntando quiénes eran.

cesidad de sentencia judicial que lo autorice. Uno se pregunta cuánto hay de jurídico en esa operación. En esos casos uno tiene la sensación de no vivir bajo el Derecho, y los abogados suelen aconsejar a los clientes que paguen, para evitarse mayores problemas (un consejo que tampoco precisa muchos estudios jurídicos).

D. *Inexistencia de 'otro' Derecho*

Otro factor ya aludido, y muy importante en la vida real, es la negación, teórica o práctica, de que exista 'otro' Derecho. Como recuerda sintéticamente Dalmacio Negro, el Derecho es obra de juristas; la legislación, de legisladores⁴⁰.

Durante mucho tiempo, el Derecho Romano tuvo en Occidente el *status* de un Derecho universal de primer nivel, como superpuesto al de cada país, con lo cual los juristas tenían siempre una referencia de lo que se consideraba buen Derecho. Como señalaba d'Ors, durante siglos, generaciones y generaciones de juristas europeos se dedicaron a estudiar y comentar el Digesto como si fuera un libro sagrado, generando así un Derecho de juristas. Hoy, la negación de la sabiduría, de la *wisdom* —en nuestro caso, de la sabiduría jurídica que resulta de rumiar textos y casos— haría eso muy difícil. Añádase el predominio de la técnica, la prisa, y el carácter sobre todo organizativo de muchas normas, así como su frecuente trivialidad y efimeridad. La existencia de algún Derecho superior, anterior, o exterior, representaría para la gente común una protección contra la arbitrariedad, porque sería más difícil reducirlo a instrumento del poder, y, aunque éste abusara, como hace la mayoría de los poderes, la conciencia jurídica general lo detectaría con más facilidad. El Derecho Romano, *summa ratio scripta*, no era un mero servidor de los poderosos⁴¹.

⁴⁰ «[...L]a crisis del Derecho —obra de juristas—, que atribuyo a la Legislación, el «derecho» estatal —obra de legisladores— que hoy, al final, se reduce prácticamente a las órdenes que da el Estado a sus *Untertanen* [súbditos, sometidos], pues ya no hay ciudadanos» (carta a este autor, 15-I-2018). La ley la hace el legislador, el Derecho, los prudentes en Derecho. Tanto el Derecho Romano como el *common law* eran derechos de juristas.

⁴¹ El Derecho romano era visto como la *summa ratio scripta* (aunque esa expresión es tardía). Algunos aspectos del Derecho romano justiniano, como *rex est imperator in regno suo*, fueron reinterpretados por las monarquías nacionales de la baja edad media para fundar los estados, pero se trató de un proceso lento; ni la sombra del moderno uso del Derecho por el poder y la economía.

E. Medidas contra el terrorismo y la crisis económica

En el momento actual, con terrorismo y crisis económica, la lucha contra ambos abre la puerta a otros factores prácticos generadores de nihilismo jurídico. El Derecho es instrumentalizado por el poder ejecutivo como un medio neutro, apto para recibir el contenido que el legislador decida. El Derecho penal que, como decíamos, ya no responde al ‘injusto natural grave’, responde ahora al control social preventivo, a la lucha contra el blanqueo del dinero, el terrorismo o las manifestaciones callejeras. La ley orgánica 4/2015 de Seguridad Ciudadana contempla sanciones que pueden llegar hasta 600.000 euros. Siendo el salario mínimo de 708 euros mensuales (que muchos trabajadores no ingresan), siendo la pensión de jubilación media de unos 800 euros mensuales, y teniendo en cuenta el elevado desempleo, no son pocos los españoles que no ganarán 600.000 euros ni en toda su vida laboral. Si una sanción de mil o dos mil euros ya es más que lo que la mayoría puede pagar, uno se pregunta por qué el legislador nihilista puso la barrera en 600.000 y no en 500.000 o 700.000, pues a la norma-instrumento le sería indiferente⁴².

4. IMPORTANCIA DEL CONTENIDO DEL DERECHO

¿Tiene el Derecho algún contenido sustantivo? De lo que llevamos dicho ya se puede inferir nuestra postura, pero, al mismo tiempo, no son pocos los que ven el Derecho como puro procedimiento⁴³, y con su buena parte de razón, pues hay en el Derecho normas que son puramente convencionales por su procedencia y procedimentales por su naturaleza (por todos, ver Atiyah y Summers⁴⁴). Dejaremos ahora de lado que esa condición formal y procedimental

⁴² En la práctica, y aunque no impliquen privación de libertad, a veces funcionan como sanciones cuasi-penales o materialmente penales, a veces muy duras.

⁴³ Escribía Lon FULLER que para algunos «el Derecho puede presentarse como la más vacua de todas las ciencias. Se reduce enteramente a una disciplina de medios, sin objetivos, que se halla presta a ponerse al servicio del primer pasante con tal que muestre las credenciales suficientes» (*Anatomía del Derecho*, p. 11). COTTA critica la «convicción acerca de la naturaleza instrumental del Derecho», en virtud de la cual «es un mero instrumento técnico al servicio de fines o valores que no le son propios», que no son «aquellos que se derivan de su específica naturaleza» (COTTA, S., 1987, p. 181 e ss.).

⁴⁴ ATIYAH, P.S.; SUMMERS, R. S., *Form and Substance in Anglo-American Law*, Oxford, Clarendon Press, 1987, p. 11

del Derecho tampoco es trivial⁴⁵: tomar en serio los requisitos procedimentales también es una protección frente al nihilismo jurídico. Quienes atropellan el Derecho sustantivo no tenderán mucho a respetar el procedimental. En 2008, siendo Primer Ministro británico Gordon Brown, la policía entró en el domicilio y la oficina parlamentaria del diputado conservador Damian Green, lo retuvo nueve horas, registraron sus documentos, ordenador y teléfono y tomaron sus huellas dactilares y una muestra del ADN; y nadie dimitió ni fue objeto de ningún particular castigo. En 2016 y 2017, al investigar ciertos casos de corrupción en España, la policía registra también los bufetes de los abogados defensores de los investigados, dañando así la relación de confianza del cliente en su abogado. El fin está justificando los medios en materias como seguridad, recaudación y otras, y el Derecho no se está resistiendo seriamente.

Es claro que sólo podremos hablar de nihilismo si el Derecho tiene algún sentido y algún contenido sustantivo (atropellar a una anciana en un paso de peatones será antijurídico siempre; *pacta sunt servanda rebus sic stantibus*, lo mismo). Sólo entonces será algo más que la *tabula rasa* en la que, respetando la forma, se puede escribir lo que se desee; algo más que la botella vacía en la que se puede introducir y escribir en la etiqueta lo que se desee. En los ejemplos que aducíamos antes, el Derecho aparece siguiendo a la biotecnología, a los ‘nuevos derechos’, al propósito de blindar a los políticos o a las fuerzas de orden público... En cuanto a lo último, lo que está sucediendo hoy es que un tipo de medidas que un dictador de hace un siglo tomaría rudamente, incluso con violencia, son tomadas ahora como si fueran producto del Derecho y se derivaran de la Constitución. A veces parece como si el Derecho anterior no dijera nada sobre el tema de que se trate, como si de la Constitución pudiese derivarse, a base de deducciones sucesivas, hasta lo que sería la negación de la justicia y del constitucionalismo

La mentalidad jurídica en la que hoy estamos inmersos en España, tiene varios aspectos que, una vez que uno los ha aceptado como por ósmosis, si no se detiene a analizarlos, actúan como una pendiente resbaladiza en cuyo final habremos perdido de vista que el Derecho tiene contenido y lo ha tenido siempre. Algunos de esos aspectos, ya aparecidos aquí, son: la extensión del Derecho cogente frente al dispositivo, la extensión del Derecho de situaciones frente al de relaciones, la visión del Derecho como conjunto de normas y no como orden de conductas, la práctica del Derecho como una técnica (y, por

⁴⁵ *Ibid.*, p. 411. Como es sabido, las posturas de la mayor parte de los juristas se dividen hacia lo básicamente sustancial o lo básicamente formal.

tanto, neutra)⁴⁶, y la práctica del Derecho desatendiendo su dimensión prudencial y el razonamiento hasta ahora considerado como típicamente jurídico.

En cuanto a ese contenido y espíritu propios⁴⁷, el legalismo positivista y el cientificismo no los abarcan, si es que no los erosionan. Desde tiempo inmemorial (aunque variando según culturas jurídicas) el Derecho tuvo un contenido, unos principios y una lógica propia. Hemos hablado del Derecho Romano, de las Siete Partidas y de las reglas del Derecho mexicanas del siglo XIX. Durante la Primera Guerra Mundial, unos profesores ingleses firmaron una declaración titulada *Why We are at War*, afirmando que aquélla era una guerra entre *rule of law* y Razón de Estado; luego el *rule of law* tenía un sentido. El Derecho es en buena parte, pero no sólo, procedimental: considerar, como los romanos, que hay cosas que están fuera del comercio y de lo litigable, no es un pronunciamiento sólo procedimental. Incluso lo que puede parecer puro procedimentalismo, como las teorías rawlsianas, presuponen un pronunciamiento de fondo sobre la igualdad básica de todos los implicados (aparte de que nadie ha visto nunca un velo de ignorancia). Y la misma igualdad se da por supuesta cuando se afirma, por ejemplo, la obligación de oír a las dos partes. Los vectores que conducen hacia el nihilismo jurídico son perturbadores para el Derecho, sea en la vertiente sustantiva, sea en la procedimental.

Si tuviéramos espacio, el sentido y contenido de un Derecho no nihilista podría sin mucha dificultad concretarse más. Aparte de los principios básicos naturales de justicia procesal y sus distintas derivaciones y combinaciones, quizá la mejor respuesta sea la histórica. En cuanto a lo primero (enfoque jurídico-natural), el Derecho siempre ha tenido algún contenido de esa clase, pues la historia muestra que siempre ha tenido algo que ver con el Derecho natural, y no es fácil que fuera de otra manera. Quizá algún lector, al tropezarse con la políticamente incorrecta expresión ‘Derecho natural’, suspenda la lectura. Podemos buscar otra forma de decirlo, podemos disimular o atenuar la idea, pero lo importante es la realidad: en el caso de que tras esa anticuada expresión haya algún fondo, la ciencia jurídica no avanzará nada ignorándolo.

⁴⁶ «Las tecno-ciencias generan la forma más cumplida de una cancelación del sentido existencial, e instauran, por tanto, la plenitud del nihilismo» pues no se ocupan del sentido sino de los objetos (ROMANO, B., 2006, p. 333).

⁴⁷ He ahí el problema de la *función exclusiva* del Derecho ignorada cuando «se presenta al Derecho como algo no jurídico, sino económico, político, moral, etc.» (COTTA, S., 1987, p. 182). En nuestros días es frecuente presentarlo como algo que en el fondo es económico (así, políticas anti-crisis como las auspiciadas por la UE) o político (así, lucha contra el separatismo catalán).

Podremos expulsar al Derecho natural por la puerta, para que entren por la ventana unos derechos humanos universales que no precisan demostración e incluso se imponen, y que vienen así a oficiar de Derecho natural de nuestros días, e incluso más obligatorio. No queremos decir que las normas jurídico-positivas deban necesariamente ser derivaciones o concreciones del Derecho natural en abstracto⁴⁸, ni siquiera de las más concretas reglas de justicia natural y *regulae iuris*. A veces lo serán, pero otras veces bastará con que el Derecho positivo respete al natural como se respeta un límite⁴⁹.

En cuanto a lo segundo (enfoque histórico), si podemos hablar de un contenido del Derecho es, entre otras razones, porque Roma, la Edad Media, Gregorio López o el *common law* ofrecen buenas cantidades de *regulae iuris* y principios bien concretos, y algunos ya han aparecido aquí. Es de notar también que podemos hablar de contenido del Derecho porque, estudiando su historia vemos notables continuidades sustantivas.

Ciertamente, el Derecho ha sido siempre muy histórico, y no hay nada de negativo en ello, pues histórico no es *eo ipso* prescindible ni trivial. Hay instituciones jurídicas procedentes de los romanos, o del Fuero Juzgo, o de las Siete Partidas, que, atravesando los siglos, duran hasta hoy; *ergo*, si han resistido cambios de siglo, de formas políticas y hasta de culturas, es porque tienen un sentido y un contenido nada despreciables. Los códigos civiles decimonónicos recogieron muchas instituciones de ese origen.

No hay que recordar que las distintas familias jurídicas tenían sus diferencias en cuanto a contenido del Derecho; una más germanística y otra más romanística, una de *common law* y otra de Derecho civil. Incluso dentro de un mismo estado ha habido y todavía hay notables variaciones de una zona a otra; una más favorable a la *vis attractiva* de la sociedad de gananciales y otra no; una favoreciendo la libertad del testador y otra la continuidad de la casa familiar y así sucesivamente. Pero lo decisivo es que el Derecho tenga algo sustancial propio, pues ello implicará que las leyes sean susceptibles de ser reconducidas por los intérpretes y que el Derecho se resista a dejarse traducir al lenguaje «ciencia-técnica». Al tener sentido propio, es más fácil que –como decíamos de la *summa ratio*– el Derecho no sea mero servidor del poder, ni que se deja arrastrar por la economía o la tecnología, limitándose a convalidar y decidir sin emitir juicios de fondo porque no se espera que el Derecho se pronuncie sobre el fondo.

⁴⁸ Dejemos ahora de lado que en realidad el Derecho natural no es muy abstracto.

⁴⁹ D'ORS, A., *Derecho y Sentido Común. Siete Lecciones de Derecho Natural como límite del Derecho Positivo*, Madrid, Civitas, 1995, que está significativamente subtítuloado.

5. CODA DE OBSERVACIONES CONCLUSIVAS

Hasta aquí nuestro trabajo ha consistido en intentar aportar alguna luz al problema del nihilismo jurídico desde un enfoque diferente, y esperamos que complementario, del de Irti, Possenti o Romano. Como cierre del artículo, y para fijar posiciones, haremos las siguientes observaciones, varias de las cuales sintetizan lo observado antes.

Primera. El nihilismo jurídico conviene al poder; produce aumento de poder y disminución de la libertad. No hay nada de paradójico en ello; ahí está la realidad: nuestros tiempos son tanto de nihilismo jurídico como de un crecimiento nunca visto del poder. La frecuente asociación de nihilismo jurídico con anarquismo y libertad incontrolada no tiene mucho más fundamento real que tenía el supuestamente inhabitable estado de naturaleza imaginado por Hobbes, del cual no podía dar ningún ejemplo sólido. Tal vez esa asociación esté emparentada con el nihilismo de los grandes rusos del XIX (si Dios no existe todo está permitido, y así sucesivamente), así como con la idea (de nuevo, de tipo hobbesiano) de que si el poder no interviene, lo normal será la anarquía... He aquí esa idea, nunca demostrada, de que la sociedad de por sí no tiene estructura, el estado de naturaleza es caótico y el mundo no tiene un orden, de donde resulta el Derecho como algo completamente artificial y que no tiene que responder a un orden natural ni a un orden del mundo, pues no existen, como tampoco a una estructura social más o menos ‘natural’. En nuestra vida real, lo que sucede cuando hay nihilismo es que el poder rellena los huecos; por ejemplo, en las relaciones internacionales o en los diversos campos de la vida social. Si, como efecto del nihilismo jurídico, decaen o desaparecen la costumbre o los principios, su lugar será ocupado por el poder, por las leyes o por los jueces activistas. La realidad bien visible es que donde la sociedad se desestructura, el papel del gobierno aumenta. No es que exista una cueva oscura conspirando para producir nihilismo y así hacerse con el poder; basta con que el padre no actúe como tal para que su lugar lo ocupe el asistente social, que las universidades pierdan las tradiciones por las que se auto-regulaban para que el ministerio de educación regule todo con sofocantes normas, y así sucesivamente.

Segunda. En cuanto al legalismo positivista decimonónico, del que se derivaría el actual positivismo: queda dicho que, ciertamente, no todo nihilismo es achacable a él; lejos de ello. Por ejemplo, los positivistas decimonónicos nunca convalidarían la actual ‘maternidad subrogada’ o ‘vientre de alquiler’. Pero no es menos cierto que, tras el golpe a la justicia y al sentido jurídico infligido por Kelsen –el positivista más importante en muchos países no anglosajones–,

por el tecnicismo y por el economicismo, seguramente el legalismo cientificista postmoderno no nos defenderá mucho del gobierno, del Ministerio de Hacienda, de la tiranía financiera, de los *cyborgs* o de las sugerencias de Harari y demás posthumanistas⁵⁰, para todos los cuales un Derecho con contenido y unos jueces formados en su cultivo, representarían un obstáculo.

Tercera. Así, decíamos que un Derecho con sentido y contenido representará un freno al nihilismo. Un primer bloque de *contenidos* jurídicos serían reglas básicamente procesales de justicia natural (no ser juez en causa propia, oír a las dos partes), que se refinan, combinan y subdividen hasta formar el genérico derecho al debido procedimiento jurídico, presente en todas las constituciones. El segundo bloque protege bienes como los pactos, la buena fe (del comprador, del poseedor, de los terceros inocentes), la vida, la integridad física, la libertad, la paz, la honra y demás, además de reprimir el abuso del Derecho; todos los códigos civiles abundan en cláusulas de este tipo. Un tercer bloque de contenidos puede verse en cualquier repertorio de *regulae iuris* romanas, en los principales artículos de un código civil, o en el mencionado libro de Soberanes.

El *sentido* de lo jurídico puede verse en la *artificial reason* de que hablaba el «viejo y tozudo» juez Coke en el siglo XVII; así como también, en la vida real, en la sabiduría práctica de los notarios, jueces y abogados experimentados, sobre todo en el Derecho privado. La anglosajona *equity* tenía unas claras características que originalmente la diferenciaban del *Common Law*: atender a la esencia más que a la forma (como la propia palabra sugiere), no tolerar agravio sin reparación, referirse a las personas y no a las cosas, presumir que lo que debe realizarse en el futuro ya está consumado, etc.⁵¹.

Cuarta. Han aparecido aquí varias veces el sentido jurídico y el sentido común, siendo éste la «verdadera filosofía del jurista» (d'Ors, *Derecho y Sentido Común*). Es claro que el legalismo, el cientificismo, y el someternos a lo que digan expertos y tecnócratas, inhiben el sentido común. Si perdemos el hábito de hacer juicios por nosotros mismos, si dejamos de ser «criteriosos», no desarrollaremos la capacidad de juzgar, el «ojo de buen cubero», la razonabilidad del *man on the middle of the road* y del *bonus paterfamilias*. El sentido común es juzgador por naturaleza; si no somos capaces de formular juicios, no tendremos

⁵⁰ HARARI, Y. H., *Homo Deus: Breve Historia del Mañana*, Madrid-Barcelona, Debate, 2016, *passim*.

⁵¹ Así hasta doce máximas fundamentales en las que se basa la *equity*, según la clara síntesis que hacía en 1944 RABASA; O., *El Derecho Angloamericano*, México, Fondo de Cultura Económica, 1944, p. 238 y ss.

sentido común. Ahora bien, es claro que hoy no hay visiones básicas socialmente compartidas, no hay cosas «auto-evidentes»; no estamos en la sociedad en la que Thomas Reid defendía su filosofía del sentido común (siglo XVIII). El sentir de la gente, hoy, es modelado y cambiado en poco tiempo desde el poder, los medios o la industria del entretenimiento. Mal se puede hoy sostener, como los independentistas norteamericanos, unas «verdades [...] auto-evidentes...», porque desafortunadamente para algunos nada es auto-evidente. Sea. Pero el sentido común se puede cultivar, como el sentido del humor o el sentido estético. Con todo, aunque no hubiera nada de sentido común (y no es así), el Derecho nos pediría desarrollarlo, pues la alternativa –resignarse a seguir los protocolos de actuación gubernamentales, las directrices de los economistas y expertos– resultaría aún peor, mataría los juicios de proporcionalidad o razonabilidad y haría inviable la democracia.

Quinta. Excepto los contenidos más básicos y naturales (más directamente derivados de las reglas naturales), no faltará quien diga que gran parte del Derecho no son sino preceptos artificiales e históricos. Repetiremos que hay parte de cierto en ello, y de ahí que para poner ejemplos de contenidos jurídicos hayamos recurrido a la historia. Pero el carácter histórico, e incluso hasta cierto punto artificial (mejor que *artificioso*), de un concepto jurídico, el haberse formulado en un contexto determinado y por unos jurisprudentes determinados, no es negativo *a priori*. No por ser históricos el Pórtico de la Gloria o la pintura de Velázquez, se vuelven irrelevantes ni prescindibles. Muchos sólidos y duraderos conceptos jurídicos nacieron en un momento y contexto determinados. La defensa de los derechos naturales por Locke no queda invalidada por reflejar las aspiraciones de la burguesía inglesa del siglo XVII, pues defendía también principios de alcance universal y capaces de sobrevivir a las circunstancias e influencias que los vieron nacer, como así sucedió.

Sexta. Decíamos también que, si se trata de evitar el nihilismo jurídico, tampoco la condición de formal y procedimental, típica del Derecho, es despreciable. En una sociedad cualquiera, si falta el acuerdo fundamental –el cual, cuando no existe, no puede ser decretado por *fiat*–, un acuerdo procedimental tomado en serio sería un paso decisivo que con el tiempo generaría un mínimo acuerdo fundamental. Por eso, sostengan lo que sostengan las teorías académicas, en la práctica las crisis en el acuerdo fundamental terminan repercutiendo negativamente también en el procedimental. Los políticos y juristas que en el último tercio del siglo XX confiaron en que el acuerdo procedimental, encarnado en las constituciones, haría innecesario al fundamental, los que incluso veían al acuerdo fundamental como un residuo autoritario, en pocas décadas han asistido

al incumplimiento del acuerdo procedimental y a un crecimiento alarmante del neo-autoritarismo. Con particular claridad ha podido observarse eso en España.

Séptima. La sustantividad y autonomía del Derecho conviven mal con esos factores que tienden, o coadyuvan, a la corta o a la larga, directa o indirectamente, al nihilismo jurídico, como el eficientismo económico y la tecnocracia, pues ‘técnica’ implica ‘poder hacer’ hasta encontrar límites⁵². Al igual que el dinero y la economía financiera –otros dos grandes motores del mundo actual–, la técnica actúa no sólo *soulless* (sin alma) sino también *mindless* (sin mente). Y si la tecnociencia del siglo XXI no es antropocéntrica, como no lo es, aun menos podrá ser ius-céntrica.

Octava. El constitucionalismo necesita el Derecho (aunque no sólo el Derecho) como el aire que respira. Dejaremos ahora de lado que toda Constitución tiene una dimensión específicamente política, que no es ninguna anomalía y no tiene por qué ser judicializada. Pero necesita un Derecho independiente del poder, de todo poder, incluso del legislativo. Es más, en algunos puntos, debe ser independiente de, y previo a, la propia Constitución (cfr. art. 10.1 de la Constitución española, que, hasta que se dictó el fraudulento 135, era considerado por muchos como el precepto constitucional más importante de España). La abusiva utilización del Derecho como instrumento de medidas políticas o económicas da hacia el exterior gran apariencia de juridicidad, porque se legisla todo y se judicializa todo - hasta lo que no se debe, como los conflictos de naturaleza política-. Pero tras esa apariencia, la realidad es que cada vez que indebidamente se juridifica lo genuinamente político, en realidad se está dando un paso hacia el nihilismo jurídico por instrumentalización del Derecho. Estado de Derecho es aquel que se somete al Derecho, sobre todo a un Derecho que él no ha dictado; no aquel que, esgrimiendo leyes y sentencias quizá no exentas de intencionalidad política somete a los ciudadanos a su Derecho positivo.

⁵² La técnica consiste en «utilizar el mundo, manipular la materia orgánica e inorgánica» (IRTI, N., 2004, p. 31). «Seguramente, entre este ‘espíritu técnico’ y ‘el espíritu del capitalismo’ hay profundas analogías que gravitan alrededor de la noción de *poder* (posible + poder, dominación)» (HOTTOIS, G., 1991, p. 116). Los amargos frutos de la suma de tecnicismo y capitalismo financiero se han hecho visibles últimamente.